

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL:
PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA OU FACULTATIVA DO CADE. UMA
BREVE SÍNTESE CONCLUSIVA¹.**

O instituto da recuperação de empresas vem construído no direito positivo brasileiro com o escopo de promover a superação do estado de crise econômico-financeira em que se encontra a atividade econômica organizada desenvolvida por empresário ou por sociedade empresária. Sua motivação encontra eco, portanto, no interesse de preservação da empresa desenvolvida pelo devedor, enquanto uma unidade econômica que à coletividade interessa manter, por traduzir um centro de equilíbrio econômico-social.

No desempenho de sua função social, a empresa tem como finalidade, que lhe confere sustentabilidade, a exigência de realizar o máximo de bem-estar econômico e coletivo, sendo o resultado dessa articulação finalística o crescimento da produção, a elevação das riquezas e a fixação de relações sociais mais equânimes, com a geração de um maior número de ocupações possíveis.

Na recuperação judicial, os interesses gerais, coletivos e sociais prevalecem, em última instância, sobre os individuais ou particulares, o que lhe imprime uma feição de “processo de sacrifício”, pois estarão limitados os poderes do devedor e restringidos os direitos dos credores, mas sempre com o espírito de criar condições e estabelecer medidas que proporcionem a reestruturação da empresa em crise.

A recuperação judicial fundamenta-se e confere concretude aos princípios da conservação e função social da empresa, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da segurança jurídica.

A sua materialização, a partir da confecção de um plano de recuperação, ajustado entre o devedor e seus credores, e levado, por fim, à homologação judicial, poderá, em certas situações reais, acenar para possível colisão com a operação dos princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico.

Essa visualização de conflito de princípios pode se dar na hipótese de eleição, como meio de recuperação, de operações de reestruturação societária (eg. incorporação

¹ A presente síntese conclusiva refere-se à argumentação desenvolvida em artigo a ser publicado na Revista de Direito Empresarial e Recuperacional, Ano I, Jan/Mar 2010 – Coordenadores: Carlos Henrique Abrão, Cristiano Imhof e Nancy Andrichi.

e fusão de sociedades), com possível geração de concentração econômica e, destarte, irradiadora de limitação ou prejuízo à concorrência ou, ainda, com o resultado de dominação de um mercado relevante.

Em situação ordinária, aquelas operações ficam jungidas, nos termos da Lei nº. 8.884/94, à preliminar aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao qual é conferida atribuição preventiva e repressiva às infrações à ordem econômica, legalmente dotado, pois, de função judicante administrativa.

Na situação excepcional ou extraordinária do estado de recuperação judicial, inexistente a obrigatoriedade de subordinação prévia do potencial ato de concentração à aprovação daquela autarquia federal.

No âmbito do processo de recuperação judicial caberá ao magistrado – Estado-Juiz – que o dirige, como guardião da legalidade do plano de recuperação, avaliar se as condições legais, tanto formais quanto materiais da operação, encontram-se atendidas.

Se entender necessário, e sem prejuízo da celeridade inerente ao procedimento recuperatório, é facultado ao juiz determinar a oitiva do CADE, na condição de órgão consultivo, atividade que também lhe compete e que complementa o seu perfil. A qualquer interessado, inclusive, é possível provocar a sua manifestação sob a legalidade dos atos que possam, de qualquer forma, caracterizar infração à ordem econômica. Mas, o pronunciamento, de conteúdo técnico, será examinado pelo juiz da recuperação como um laudo pericial.

Não há espaço, portanto, no processo de recuperação para submeter previamente a avaliação da operação ao CADE. A competência da verificação da legalidade é exclusiva do juiz. O rito próprio revela impossível atingir os fins da recuperação com a sujeição da operação à preliminar aprovação do CADE. A recuperação perseguida deverá sempre estar pautada na velocidade dos seus procedimentos, por ser ela inerente “aos processos de sacrifício”, que não podem ser protraídos no tempo, sob pena de comprometer o próprio escopo recuperatório e tornar o procedimento irrazoável e desproporcional pela subordinação dos credores a um longo período de restrição de seus direitos. Há, assim, a prevalência da Lei nº. 11.101/2005 sobre os procedimentos administrativos consagrados na Lei nº. 8.884/94. Na conjugação de regras especiais, prevalece aquela de maior especialidade para o trato da questão específica: recuperação judicial da empresa.

Isso não significa que inexistirá controle da existência ou da inexistência de atos infracionais da ordem econômica. Apenas não o será exercitado pelo CADE, mas sim

pelo juízo da recuperação judicial. A ele competirá, com exclusividade, medir os diversos valores eventualmente conflitantes, a fim de sopesá-los e fazer a melhor escolha para a solução do caso posto à sua apreciação e decisão, sempre na perspectiva de atender os interesses que naquela situação reclamem proteção de maior intensidade, em razão dos resultados esperados.

Em última *ratio*, somente o juízo único da recuperação estará apto a atribuir valores e pesos no exercício da atividade de ponderação dos princípios constitucionais da preservação e função social da empresa, da valoração do trabalho e da dignidade da pessoa humana (informadores da recuperação judicial) face aos princípios da livre concorrência, da repressão ao abuso do poder econômico e de proteção dos consumidores, caso entrem em conflito. Avaliará, pois, a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos resultantes da conduta tida como indispensável à sua promoção, afinado no desiderato de dimensionar aquele princípio com peso relativamente maior que deve, destarte, se sobrepor ao outro, sem que, com isso, este perca sua validade.

O juiz da recuperação é plenamente competente para o exercício dessa função jurisdicional. A jurisdição, enquanto poder, encontra-se presente em todos os órgãos judiciais, sendo, tão-somente, o seu exercício efetuado com obediência aos limites da competência do julgador. A competência da Justiça Federal vem em *numerus clausus* enumerada no artigo 109 da Constituição Federal, em cujo elenco não se consegue visualizar que as questões relativas ao direito concorrencial sejam de apreciação privativa do juiz federal. A competência da Justiça Federal ou da Justiça Estadual não resultará, pois, nesta situação, propriamente da natureza da matéria jurídica abstratamente contida na lei federal, porquanto ambos podem e devem aplicá-la aos conflitos submetidos à sua apreciação, respeitado os limites, apenas, de suas respectivas competências.